

# O Plano Existencial da Dignidade aliado a uma visão constitucional histórica

Ítalo Costa Nunes<sup>1</sup>

## Resumo

O presente artigo pretende analisar o plano existencial da dignidade relacionado a uma visão constitucional histórica.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Dignidade Humana. Direito Constitucional.

## Abstract

This article analyzes the existential plane of dignity related to a constitutional vision of history.

**Keywords:** Human Rights. Human Dignity. Constitutional Law

A dignidade humana não mede em palavras o que vem a ser sua definição. Trata-se de tema amplo, de capacidade universal, em constante mutação e reinterpretção, não limitando sua aplicação às situações meramente casuísticas. Não possui parâmetros, medidas ou definições pré-fixadas, ela desenvolve constantemente seu alcance.

Quando se fala em Direito Civil-Constitucional, constitucionalização do Direito Civil, de certa forma remete-se à dignidade da pessoa humana, em suma, dimensões da personalidade.

Observa-se, inicialmente, que houve a aquisição, evolução e aplicação dos direitos que conduzem à idéia digna de vida. O momento deflagrador de tais ideais encontra-se nas revoluções liberais burguesas, com o delineamento dos direitos constitutivos da dignidade humana. O modelo que reflete suas luzes nos dias atuais, privilegiando as capacidades e necessidades do indivíduo com aplicabilidade no que tange aos direitos humanos, emoldura-se, principalmente, a partir de três elementos históricos. O primeiro deles a revolução inglesa ocorrida no século XVII, onde a tentativa de restabelecer o absolutismo e o catolicismo oficial cominou, na reação burguesa que deflagrou a Revolução Gloriosa, em 1688. O juramento do então rei Guilherme II frente ao *Bill of Rights* (Declaração de Direitos), em 1689, regulamentou o parlamentarismo inglês, transferindo atribuições tais como as militares, fiscais, eleitorais e judiciais à Câmara dos Comuns, cujos membros eram escolhidos pelo voto censitário e, portanto, representavam a burguesia. As Revoluções Inglesas do século XVII significaram o primeiro golpe de sucesso contra o absolutismo e enterraram os últimos vestígios do feudalismo inglês, implantando um regime de monarquia parlamentar pró-burguês. Esta iniciativa abriu espaço e ideais que viriam a ser utilizados pelas próximas revoluções, não no que diz à revolução em si, mas quanto ao modelo de Estado que foi estabelecido. A queda

<sup>1</sup> Bacharelado do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença.

do Antigo Regime, delineada desde as Revoluções Inglesas do século XVII, atingiu contornos definitivos com a *Revolução Francesa (1789)*,<sup>2</sup> no final do século XVIII. A *Revolução americana (1776)* foi uma revolução de independência, desta forma, não havia o objetivo de deposição do monarca arbitrário, e a derrocada do absolutismo como nas revoluções acima citadas, mas as três se relacionam no que se diz aos ideais presentes, buscando a implementação de um modelo com maiores liberdades ao indivíduo e a separação dos poderes. Essas três revoluções, as chamadas revoluções liberais, estabeleceram a estrutura base do *Estado Democrático de Direito*<sup>3</sup> presente nos dias atuais. Fato é que este modelo sofreu alterações. O Estado Liberal, de imediato, que decorrente das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, tem algumas características, como por exemplo, não poder interferir na autonomia da vontade do indivíduo (hoje o artigo 5º na constituição federal brasileira, possui temas, como por exemplo, a liberdade de expressão, liberdade crença, liberdade de locomoção, em suma liberdades que independem da atuação do Estado). O Estado liberal, não interventor, não promotor de justiça e igualdade, que assiste a ordem social estabelecida, foi superado pelo chamado Estado de bem estar social. O Estado Liberal defende as liberdades negativas, estas não admitem a interferência da entidade estatal na manifestação de vontade do indivíduo. Posteriormente, viu-se a necessidade que outros institutos também fossem tutelados. Não bastava apenas aquele Estado que respeitasse os direitos individuais, mas aquele que assegurasse o cumprimento deles, assim como tantos outros direitos. O que caracteriza o Estado de bem estar social é a exigência de se fazer prestações às chamadas liberdades positivas. Surge, portanto, no pós segunda guerra, principalmente na Europa continental, a obrigação estatal de promover, entre outros, o acesso à saúde, ao salário, proteção ao trabalho, acesso à educação, além da preocupação com a proteção ao idoso e à infância.

Há uma relação intrínseca dos citados momentos históricos, em que se deu o surgimento efetivo dos princípios, com a concepção digna do indivíduo respeitada pela entidade governamental.

A repercussão da revolução francesa com seus três ideais liberdade, igualdade e fraternidade instituiu de forma incisiva a aquisição dos direitos em forma de gerações (ou dimensões, como alguns autores denominam), em momentos históricos diferentes, após revoluções liberais. A promessa dos três ideais supracitados como objetivos da revolução francesa, de imediato resumiu-se quanto à aquisição das liberdades, sendo conquistados os outros dois em momentos posteriores.

Parte considerável da doutrina brasileira entende que tivemos quatro gerações de direitos, que possuíram sua aquisição em momentos históricos diferentes. O professor

<sup>2</sup> Alexandre de Moraes complementa que: “A origem do constitucionalismo está ligada às constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a independência das 13 colônias e da França, em 1791, a partir da Revolução francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias.” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.1.

<sup>3</sup> Segundo Paulo Nader: “O fundamental à caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva aos chamados *direitos humanos*. Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos poderes *independentes e harmônicos*; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado não se apresente apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações.” NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.138.

Cleyson de Moraes Mello,<sup>4</sup> fazendo referência à classificação do renomado mestre Paulo Bonavides<sup>5</sup>, entende que existem quatro classificações distintas em reação à universalidade dos direitos fundamentais, sendo a primeira os direitos e liberdades incipientes constantes no instrumento normativo constitucional. Os de segunda geração que dominam o século XX e tratam de direitos sociais culturais econômicos, assim como os relativos ao coletivo e à coletividade. Os de terceira geração buscam tutelar o gênero humano, e foram implementados no final do século XX. Os de quarta geração dizem respeito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. O processo de conquista dos direitos que conduzem à dignidade do indivíduo dentro de um contexto de nação encontra-se essencialmente entre os artigos 5º e 17º da CRFB. O artigo 5º procura assegurar os direitos e garantias fundamentais, lastreados na dignidade da pessoa humana. Esses direitos não foram obtidos ao mesmo tempo, nem pelas mesmas razões. As *gerações dos direitos* se agregam e complementam, servindo sempre uma de suporte para a conquista do consequente, desta forma, não se sobrepõe, mas sim somam suas elementares. Com a conquista dos direitos civis e políticos, foram obtidos os chamados direitos de primeira geração. Estes privilegiam as liberdades de crença, religião, liberdade, a locomoção, os direitos de propriedade, em suma direitos que protegem a autonomia da vontade individual da interferência do Estado. Os direitos de segunda geração são aqueles que buscam a concretização da igualdade prometida na revolução francesa. São os direitos sociais, econômicos e culturais. O implemento desses direitos busca alcançar a igualdade entre as pessoas, no sentido em que elas tenham as mesmas oportunidades. Os direitos de terceira geração também são conhecidos como os direitos de fraternidade, mais um dos três lemas idealizados durante processo revolucionário ocorrido na França. Esses direitos visam garantir a interação social, a paz, o desenvolvimento, a soberania e o respeito recíproco entre as nações. Por último os direitos de quarta geração. Há os que entendam haver a quarta e quinta gerações, no que conduza manipulação genética e ao “mundo digital” respectivamente, mas no que conduz à realidade brasileira, não dominamos completamente tais anseios. No Brasil, a quarta geração desses direitos busca resguardar o pluralismo social, com todas as suas variantes, como os pluralismos religioso, político ideológico e social.

Nos últimos dois séculos vários direitos foram implementados. Destacam-se os direitos civis e políticos, direitos sociais, direitos de fraternidade, a aquisição dos pluralismos social, religioso, político, ideológico, em suma, pluralismos no que diz à concepção de vida. Estes se agregaram e fundamentaram a realidade de direitos que presenciamos. A dignidade humana envolve essa dimensão. A questão está na forma pela qual essa ótica materialista e patrimonialista transformou-se em existencialista, agora com plena aplicabilidade dos direitos relativos à dignidade da pessoa humana. Há uma presença muito forte desta prerrogativa em casos de colidência constitucional.

Após as revoluções liberais burguesas, deu-se a queda dos regimes absolutistas, estes marcados pela concentração de todas as funções do Estado nas mãos de um só indivíduo, caracterizando um exercício *arbitrário*<sup>6</sup> de poder. Desta forma, quando su-

<sup>4</sup> MELLO, Cleyson de Moraes, *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p.320.

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.517.

<sup>6</sup> Paulo Nader entende que: “arbitrariedade é conduta antijurídica praticada por órgãos da administração pública e violadora de formas do Direito” NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito*, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.137.

perado este modelo, é viabilizada a tripartição de poderes proposta por Montesquieu, onde as funções legislativa, executiva e judiciária passaram a coexistir independentes e harmônicas entre si. Este período conhecido como positivismo jurídico, foi marcado pelas grandes codificações, estas buscavam resguardar direitos, garantias e deveres que estivessem escritos, objetivando inviabilizar que o próprio Estado viesse novamente, como foi no período absolutista, a agir de forma arbitrária, quanto aos interesses da população. Vejam que a codificação tornou-se aditivo de segurança jurídica, caracterizado pelo pensamento de que tudo que estivesse escrito deveria ser cumprido, e consequentemente o Estado não poderia exigir além daquilo que estivesse presente nos códigos.

No período subsequente à segunda guerra dá-se o declínio do pensamento positivista, sendo implementado o chamado pós-positivismo, que possui uma filosofia não mais voltada ao mecanismo patrimonialista.

Hoje se encontra implantado o processo da despatrimonialização do Direito Civil, que nada mais é do que em uma colidência entre o *ser* e o *ter*, tende a prevalecer o *ser*. A essência do nosso código civil era patrimonialista, hoje o Código Civil não é essencialmente patrimonialista, pois passamos pela despatrimonialização do Direito Civil. Por exemplo, um dos princípios básicos do contrato é que tudo que foi pactuado deve ser cumprido. É possível afirmar que isso não tem tanta aplicabilidade como antigamente, já que o contrato pode ser mitigado em razão dos novos paradigmas apresentados pelo novel Código Civil. Neste ponto, a teoria da ponderação de interesses com valores constitucionais se destaca. Em jogo estão aqueles questionamentos quanto ao *ser* e *ter*, ou até mesmo dois princípios no que tange à existência do *ser*, desta forma, deve ser apreciado aquele princípio que se faz mais indispensável para a vida digna do indivíduo.

O século XVIII foi marcado por uma filosofia cartesiana, racionalista e matemática. No século XX desenvolveu-se uma filosofia existencialista, caracterizada pela prevalência da essência do *ser*, que é aplicada nos dias atuais. Neste sentido o professor Cleyson de Moraes Mello<sup>7</sup> discorre que: *a obra Ser e Tempo publicada em 1927, por Martin Heidegger, gira precisamente sobre a questão do ser, destacando a efetividade da existência (historicidade do “espírito vivente” e validade intemporal da lógica) no sentido de não ser possível identificarmos o sujeito do conhecimento como sujeito puro, ou seja, dissociado de sua historicidade.* Muitas decisões judiciais têm sua epistemologia jurídica atrelada ao século XVIII, onde a forma de pensar é essencialmente patrimonial, racionalista, “matematizante”, cartesiana. Hoje a filosofia que rege as ciências é a filosofia humanista, existencialista, com a prevalência da dignidade Humana.

A relação entre os indivíduos antes somente “sujeito–objeto”, passa a ser “sujeito–sujeito”, trata-se de uma relação intersubjetiva. Uma das características da norma jurídica é a alteridade (deriva de *alter* – outro), ou seja, agir pensando no outro, agir de forma a não prejudicar o outro. Neste passo, o professor Cleyson de Moraes Mello afirma que *“as idéias da razão respondem a uma pequena intenção prática e se justificam por meio das ações humanas.”*<sup>8</sup> A hermenêutica jurídica filosófica ou antropológica tenta justificar o *ser* e não o *ter*.

O Estado Liberal, de imediato, surge com uma concepção de ciência objetiva. Nos séculos XVII, XVIII, a matemática e a física regem todas as ciências. Desta forma, assim como a matemática prevê a segurança de uma ciência exata, este ideal foi introdu-

<sup>7</sup> MELLO, Op.Cit., p.287.

<sup>8</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009. p.93.

zido na aplicação Direito. O modelo científico do positivismo passou a ser transportado para o Direito com o sentido de que “Direito era sinônimo de lei”, portanto, este era o valor que garantia as relações jurídicas. Partindo desta premissa, o juiz não criava o Direito, ele era um mero aplicador, pois a preocupação naquele momento era a segurança, mesmo que em detrimento da justiça, assim, o juiz era limitado à subsunção. Este modelo privilegia a segurança, e deixa em segundo plano alguns fatores tais como justiça e moral. Durante mais de um século foi assim, mas essa realidade começou a mudar. Hoje é inadmissível o juiz ser um mero aplicador, ele deve ser um pensador do Direito, objetivando sempre a promoção de justiça. Desta forma, Cleyson de Moras Mello<sup>9</sup> em referência à teoria dos *casos difíceis*<sup>10</sup> de Herbert Hart complementa que: “... os juizes devem usar a discricionariedade para escolher a interpretação que consideram mais adequadas. Quando a regra aplicada é imprecisa, o juiz não tem outra saída a não ser escolher a interpretação que considere mais adequada. Vale ressaltar que, nestas circunstâncias excepcionais, o juiz não está aplicando o Direito, eis que as regras não lhe indicam outra direção, senão criando o Direito para o caso concreto.” A concepção mecânica positivista começa a entrar em declínio entre as décadas de 1960 e 1970. Hoje no ordenamento, princípios e valores não devem ser esquecidos. Além de o juiz ter amplo conhecimento jurídico, este tem que adequá-los a muitas outras ciências, tais como economia, política, sociologia, psicologia, entre outras, de forma a propor uma decisão o mais justa possível, sempre buscando a prevalência dos direitos humanos e a manutenção da dignidade do indivíduo. Desta forma, o Estado deve ser promotor de igualdade, não sendo apenas um reproduzidor formal do conceito. A lei passa a não ser mais a fonte principal do Direito, agora, há de se buscar princípios básicos presentes na constituição para a estruturação estatal e jurídica.

A constitucionalização do ordenamento jurídico é um fenômeno muito recente em nosso país, ao contrário de outras nações que experimentam este processo há mais anos. A doutrina de vários países já discute as consequências que esta prática pode trazer, e até que ponto este novo estilo deve permanecer. Um dos freqüentes posicionamentos diz no que tange à liberdade do juiz. Esta nova ótica faz com que em determinados casos o juiz pondere os casos, mantendo-se atrelado às circunstâncias de cada situação, trazendo, talvez uma decisão *contra legem*. Daí muitos levantarem a questão quanto à presença de uma subjetividade muito grande quanto ao âmbito de interpretação de cada caso. Até que ponto o juiz poderia ir, para que ele faça a justiça de acordo com suas convicções pessoais? Duas colocações distintas explanam as circunstâncias. Uma delas parte da ótica formal positivista, onde o indivíduo atrelado à lei como norma e fundamento estrutural do sistema traria sempre o aditivo de segurança. A outra com plena aplicabilidade do contorno social, objetivando a justiça, privilegia a ponderação. O receio que se tem quanto é quanto ao poder demasiado da liberalidade nas mãos do Juiz. Podemos configurar que tal caracterização poderia transferir àquela figura, um delineamento onipotente, se em suas considerações não houver limites para sua aplicação. Existem considerações de que estamos nos aproximando do sistema jurisprudencial americano (onde temos caso x contra caso y). Outros entendem que seja uma espécie de “meio termo”, entre o positivismo mecânico e o sistema jurisprudencial do *comon*

<sup>9</sup> MELLO, Op.Cit., 2006, p.39.

<sup>10</sup> Consideram-se casos difíceis aqueles que não possuem precedentes jurisprudenciais, nem norma vigente aplicável; os que admitem mais de uma interpretação; onde há colidência de princípios constitucionais.

*law*,<sup>11</sup>ressaltando talvez um entendimento de insegurança, visto que linhas jurídicas codificadas podem ter seu ideal suprimido. Fato é que o juiz não poderá se escusar de dar uma decisão, e terá sempre que fundamenta-la ,assim como assevera o princípio da indeclinabilidade judicial, não tornado-se desta forma uma simples convicção individual, devendo sempre dar prevalência a magna carta. Nosso sistema está se modificando, tornando-se uma espécie de intermédio entre o *comon law* e o *civil law*, um “*Direito Misto*”,<sup>12</sup> como classifica Silvio de Salvo Venosa, não totalmente atrelado à norma nem completamente à jurisprudência. Fato é que o Supremo Tribunal Federal tem, cada vez, mais exposto seus posicionamentos, muitos deles conseguindo expressiva adesão, além das sumulas vinculantes implementadas pós a Emenda Constitucional nº45, que vinculam o posicionamento jurisprudencial aos tribunais. A defesa de princípios pautada na complementação coerente do juiz busca a prevalência da vida digna do indivíduo.

A dignidade humana possui vastíssimo campo de entendimento e abraça uma série de elementos existenciais. Alguns pontos, portanto, tem notável importância, são eles, o princípio da igualdade substancial, o princípio da solidariedade, princípio da socialidade princípio da eticidade sobre tudo a busca por uma sociedade fraterna e pluralista com respeito às minorias. Tais elementos estão claramente presentes no Código Civil brasileiro de 2002 e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A igualdade substancial é privilegiada pela prevalência dos direitos humanos e calçada na dignidade do indivíduo. Isto significa que todos os membros de uma sociedade devem estar em igualdade de condições, a todos assegurados as necessidades básicas, e negada qualquer tipo de discriminação, pois o que prevalece é a substância, a essência humana. Com os princípios da eticidade e solidariedade busca-se o implemento de valores éticos e morais no ordenamento, com prevalência do sentido de coletividade, respectivamente. O professor Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>13</sup> a respeito de tais princípios na vigência do novo código Civil afirmam que: “*Consiste o princípio da eticidade na busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico. Nessa linha, um dos exemplos mais visíveis é a previsão de seu artigo. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua interpretação” Também a boa-fé, prevista no artigo 422, é exemplo da sua aplicação. Já o princípio da socialidade surge em contraposição à ideologia individualista e patrimonialista do sistema de 1916. Por ele busca-se preservar o sentido de coletividade, muitas vezes em detrimento de interesses individuais*”. A questão da busca por uma sociedade fraterna e pluralista e o respeito às minorias é claramente observada no preâmbulo de nossa constituição federal. Observado seu caráter político, o preâmbulo permeia contornos obrigacionais, tornando-se ideal do Estado fazer a defesa de tais elementares. Como percebemos, características da dignidade estão espalhadas pelo ordenamento.

<sup>11</sup> O professor Silvio de Salvo Venosa entende que “o sistema do Comon Law” conserva sua sistemática bastante diversa de nosso sistema, mas há a tendência para avicinar os métodos de conceber cada vez mais a norma como fonte de Direito nos países de sistema inglês com conteúdo do sistema romano, oferecendo soluções muito semelhantes. VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*: Parte Geral. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.76.

<sup>12</sup> Silvio de Salvo Venosa complementa que: “Essa tendência fica cada vez mais clara quando falamos dos direitos chamados mistos, isto é, aqueles que usam elementos de um e de outro sistema, como Israel, Escócia, e a província de Quebec, no Canadá.”. VENOSA, Op.Cit., p.76.

<sup>13</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil*: Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.



Está presente em nossa Constituição/1988, como fundamento da República Federativa do Brasil, o artigo 1º inciso III, que trata sobre *a dignidade da pessoa humana*.<sup>14</sup> Na constituição, este é visto sob responsabilidade do âmbito estatal de aplicação em relação ao indivíduo brasileiro, ou seja, é fundamento da República Federativa do Brasil garantir uma vida digna à sua população. Busca-se com esse fundamento que cada pessoa que esteja no território brasileiro possa ter condições mínimas que lhe confirmem uma vida digna.

A proteção à dignidade detém grande amplitude, porém observadas as debilidades orçamentárias de nosso país, o Estado deve buscar satisfazer tudo aquilo que estiver dentro da “reserva do possível”. Isto significa que dentro do campo de aplicação estatal, o mínimo existencial seria a renda mínima, saúde básica e educação fundamental (o ideal seria que o Estado proporcionasse todos estes elementos em sua plenitude, porém tratamos aqui do mínimo possível para que uma pessoa possa ter sua dignidade reservada).

A dignidade da pessoa Humana possui um núcleo essencial, e essa tríade saúde básica, educação fundamental, e renda mínima encontram-se nele. A dignidade humana não se restringe a isso, vai muito além, mas hoje quanto ao campo de aplicação do Estado, dentro das limitações orçamentárias, encontramos nestes três elementos constitutivos, tal fundamento estatal. O que for, além disso, pode ser negado, em caso de eventual pedido de proteção feito por algum indivíduo da população em face do Estado, porque pode haver alegação de incapacidade de honrar tal compromisso se o pedido estiver fora da “reserva do possível”. Para melhor exemplificar esta situação observemos dois casos. Em primeira análise suponhamos uma mulher recém transplantada. A mesma não dispõe de recursos financeiros, e necessita tomar remédios de custo elevado para que não haja rejeição do órgão. Em segunda análise imaginemos uma mulher que deseje ter filhos, mas é infértil. A única possibilidade de ela ter filhos seria submeter-se a um longo e caro tratamento, mas a mesma não detém recursos de fazê-lo. Se as duas mulheres entrassem com um pedido para que o Estado custeasse os respectivos tratamentos, qual das duas teria prioridade? Apesar de ter filhos fazer parte da dignidade da mulher, seu pedido não se encontra no núcleo essencial da dignidade humana, e eventualmente poderia ter seu pedido negado, dando prevalência, portanto, ao outro caso. Entre a “vida digna” e a “digna vida”, esta prevaleceria. Trata-se de objeto de ponderação de interesses, de acordo com a capacidade de o Estado honrar esses compromissos. O direito fundamental à dignidade é composto por dois “círculos concêntricos”, onde dentro do círculo interior tem-se o núcleo essencial, núcleo irreduzível, o que estiver fora disso também pode fazer parte da dignidade, entretanto é ponderável. A parte que estiver fora do núcleo pode eventualmente ser negada pelo Estado. A tendência é que em um futuro próximo, na medida em que houver desenvolvimento econômico e social que esse núcleo vá sendo alargado, incorporando a este novos direitos.

<sup>14</sup> Visto como fundamento da República Federativa do Brasil, o mestre Alexandre de Moraes assevera que “a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas.2009.p.22.

O vigente Código Civil brasileiro traz o tema “direitos da personalidade”. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “Conceituam *“os direitos da personalidade como aqueles que têm por objetivos atributos físicos, psíquicos e moais da pessoa em si e em suas projeções sociais.”*<sup>15</sup>. Uma das finalidades de tais direitos é resguardar a dignidade da pessoa humana. Os direitos da personalidade são todos aqueles direitos inatos à pessoa. No mesmo sentido preceitua Cleyson de Moraes Mello<sup>16</sup> *“Com a preocupação maior em assegurar a plenitude dos direitos do homem e do cidadão além da ampla cidadania e a dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º incisos II e III, da CRFB, os direitos da personalidade estão resguardados pelo diploma constitucional através do artigo 5º, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*. De sua idealização esses direitos possuíam uma série de características, tais como serem inatos e vitalícios, mas será que hoje eles são inalienáveis ou absolutos? É questionável. Hoje se observa uma série de situações que afrontam à essência da pessoa humana e ferem diretamente ao paradoxal de dignidade (tais como em *realit shows*, em que há a venda da imagem, liberdade privacidade, pudor).

A norma jurídica é um conjunto de regras e princípios. Atualmente há evidências de que todas as ciências estão se humanizando, o Direito inclusive. Mas questiona-se. O que é o homem? Definição difícil, pois não se estuda isso em Direito, mas sim em antropologia. Daí não se falar mais em hermenêutica jurídica, mas sim em hermenêutica filosófica, ou hermenêutica antropológica aplicada ao Direito. Quando se trabalha com hermenêutica filosófica ou antropológica aplicada ao Direito, estamos focando o pensamento jurídico, o raciocínio jurídico, a epistemologia jurídica no homem, não somente na lei. Se não houver uma junção da teoria geral com a filosofia do Direito, o raciocínio fica incompleto, pois desta forma seria um mero aplicador do Direito e não um pensador do Direito. Neste sentido o professor Cleyson de Moraes Mello<sup>17</sup> preceitua que: *“nessa perspectiva a visão e o processo hermenêutico não podem estar dissociados dos preceitos e preferência se valores do homem de nossa sociedade. Uma visão axiologicamente neutra é algo como isolar as coisas em relação a seus instrumentos, é um olhar apenas objetivo, consentâneo com os fenômenos das ciências matematizantes. O ser não significa estar simplesmente-presente, mas permanecer a essa totalidade instrumental que é o mundo”*.

A visão digna de vida pode ter seu valor mensurado pelas diferentes percepções que determinado povoamento venha a ter. A concepção de dignidade que uma sociedade ocidental liberal é muito diferente, por exemplo, da idéia que um hinduísta defensor de castas venha a ter sobre o mesmo tema. Dentre outras especificações, algumas das funções da dignidade humana são privilegiar a expressão, a locomoção, as liberdades intelectual e física, além de combater o arbítrio a tortura e tudo aquilo que seja considerado desumano, isto dentro de um contexto elaborado por uma sociedade que tem seus pilares em um contexto essencialmente ocidental, fruto de um pensamento renascentista em consequência do desenvolvimento dos ideais iluministas formados entre os séculos XVII, XVIII, que foi adequado e implantado de forma mais contundente pós 2º guerra e reforçado após a guerra fria, onde de certa forma tais princípios foram adotados e irradiados sistematicamente para grande parte do mundo. Seguindo a visão de uma

<sup>15</sup> GAGLIANO; FILHO. Op.Cit., p.136.

<sup>16</sup> MELLO, Op.Cit., 2009, p.100-101.

<sup>17</sup> MELLO, Op.Cit., 2006. p.289.



sociedade essencialmente liberal embasada em um Estado Democrático de Direito, de maneira genérica, o ideal seria que todos os povos pactuassem com essas regras para que tivéssemos um convívio saudável. Questiona-se. Mas como agir com as diferenças do multiculturalismo, considerando a prevalência dos direitos humanos?

O campo de visão da dignidade, hoje, é feito a partir de uma compreensão renascentista. Este, foi construído em derivação a alguns elementos históricos, são eles a filosofia grega, o Direito Romano e a fé cristã, fomentados no período renascentista pelos iluministas. Elementos que unidos vem a gerar a percepção de mundo ocidental atual. Os diversos grupos espalhados por toda face da terra possuem, cultura, costumes e hábitos próprios. Tais práticas, portanto, podem ser contrárias à concepção digna que tem se formulado. Daí a dificuldade de se aliar comportamentos diversos já reiterados, a um paradigma recentemente implantado. Destaca-se, por exemplo, rituais que agredem a integridade física do indivíduo ou aqueles que negam aos avanços da medicina e insistem em suas técnicas, ou ainda aqueles atos que já fazem parte da vida daquele grupo há séculos e que para os adeptos daquela prática, muitas vezes, tomam contornos místicos e aspecto de salvação. Daí a dificuldade de se adequar determinados comportamentos a um ideal que para nós pareça correto. Como dizer para aquela comunidade, como se fossemos donos da verdade, que o nosso é correto e o deles errado destruindo talvez um dos pilares daquele grupo? Seria atentar contra seus costumes e suas liturgias? Esta é a grande questão. Fato é que a própria globalização vem contribuindo para o desaparecimento de certas comunidades, devido ao intenso intercâmbio de informações, podendo vir a formar o que venha a ser uma unificação da cultural global. Desta maneira, o próprio ideal de dignidade humana, que dá prevalência às minorias e a seus costumes se vê desgastado, visto à incompatibilidade de gêneros que de certa forma vem a produzir o multiculturalismo.

Apesar de ter seu texto publicado em 2002, e tornar-se vigente em 2003, data relativamente próxima à realidade ao qual nos encontramos, este Código Civil data sua elaboração de meados da *década de 1970*, passando por longo processo de tramitação no congresso, até sua efetiva aplicação, deixando, desta forma, de tutelares diversos aspectos do convívio social adquiridos dali em diante. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>18</sup> destacam que: “... *Diversos segmentos da sociedade civil organizada questionavam supostos retrocessos no texto do projeto, sempre argumentando sobre o possível anacronismo de uma legislação concebida na primeira parte da década de 70*” Este não possui temas recentes, tais como clonagem, testamento biológico, células tronco, e-mail, fax. Desta forma há a necessidade do operador do Direito fazer a leitura do código sobre uma visão constitucional. Quanto ao Código Civil de 2002, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>19</sup> destacam que “*Embora talvez não seja o colosso legislativo, com primor redacional da codificação de 1916, o vigente diploma está fundado em três princípios norteadores que lhe permitam sonhar com uma vida ainda mais longa do que a do código revogado. São eles o princípio eticidade, socialidade e operabilidade...*”. Neste sentido, apesar de seu aparente atraso redacional, possui determinados mecanismos tais como as cláusulas gerais que lhe garantem maior âmbito de aplicabilidade junto à constituição. A CRFB/88, mesmo tratando-se de dogmática (aquela que consagra em seu texto os

<sup>18</sup> GAGLIANO; FILHO. Op.Cit., p.50.

<sup>19</sup> Ibid., p51.

valores que predominam em uma sociedade em determinado momento histórico), rígida (necessidade de processo mais dificultoso para modificação de seu texto) e formal (possui uma hierarquia mais elevada no ordenamento), possui elemento diferencial de muitas outras constituições, que é possuir carga altamente principiológica em seu texto. Assim ao nos referirmos à principologia da constituição estaremos fazendo referência aos elementos da dignidade da pessoa humana e suas várias acepções. Visto isto, torna-se cada vez mais comum a presença da colidência de princípios constitucionais, que são objeto da ponderação de interesses.

Em última análise, destaca-se a amplitude de entendimentos que a dignidade proporciona. Desta forma, medidas ou parâmetros que venham a ser estabelecidos, ocuparão apenas a função abstrata, em prol de eventuais interesses políticos ou econômicos. Partindo do entendimento que a dignidade está em constante mutação, é provável que, na medida em que haja a incorporação de novos direitos, necessidades e institutos sociais, o campo de percepção da dignidade se expanda. Assim, como no momento da aquisição daqueles direitos fundamentais supracitados, ocorridos em momentos históricos diferentes, poderá ocorrer o implemento de possíveis concepções do que venha a ser um futuro referencial de dignidade de acordo com os interesses e necessidades de determinados grupamentos.

## Referências Bibliográficas

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de Direito Civil: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva 2009.
- MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas. 2009.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.